

Resümee: Wohin führt der Weg?

ALEXANDER BRUNS

Die Vorträge und Diskussionen gestern und heute haben das Generalthema in seinem Facettenreichtum entfaltet, naturgemäß ohne jedes Detail des Problemkreises ausschreitend aufbereiten zu können. Dabei sind im Wesentlichen folgende Gesichtspunkte hervorgetreten:

I. Konkurrierende Gesellschaftsmodelle und Gerechtigkeitsvorstellungen

Das deutsche und das US-amerikanische Gesellschaftsmodell unterscheiden sich in ganz wesentlichen Punkten. In den USA herrscht gesellschaftspolitisch ein materielles Grundverständnis vor, das beim „*pursuit of happiness*“ Wettbewerb und Markt in den Vordergrund stellt und der Rechtsordnung eher die Gewährleistung der Marktfunktion als Aufgabe zuweist. Demgegenüber betont das deutsche Staatszweckverständnis stärker das Erfordernis gemeinschaftlichen Handelns, das auf Einordnung und Anpassung individueller Entscheidung basiert und einen höheren Grad gestaltender Normierung erfordert. Charakteristisch dafür ist unter anderem die klarere Trennung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht. Ein europäisches Gesellschaftsmodell – wenn man davon gegenwärtig überhaupt sprechen kann – ist nach wie vor in Entstehung begriffen. Inhaltlich ist in Europa – im Unterschied zu den USA – bislang eher ein Bemühen um eine Balance von Marktmacht und Sozialbindung festzustellen. Die konkurrierenden Gesellschaftsmodelle werden getragen auch durch unterschiedliche Gerechtigkeitsvorstellungen – bei allen Gemeinsamkeiten im Allgemeinen.

II. Privatautonomie und staatliche Gestaltungsverantwortung

Im Spannungsverhältnis von Privatautonomie und staatlicher Gestaltungsverantwortung zeigt sich in der rechtspolitischen Diskussion nach wie vor sichtbar das Bemühen um einen angemessenen Ausgleich. Dabei besteht gegenüber allzu weitgehender Privatisierung der Konfliktlösung im Vergleich zu den USA tendenziell eine stärkere Reserve.

III. Prävention und Repression

Die rechtspolitische Diskussion in Deutschland verfolgt augenscheinlich auch in Zukunft eine Balance zwischen Prävention und Repression. Eine Einführung von Strafschadensersatz wird offenbar sowohl in Deutschland als auch in Europa mehrheitlich abgelehnt. Das gilt selbst dann, wenn man im Einklang mit der Rechtsprechung des US-Supreme Court davon ausgeht, dass *punitive damages* eine gewisse Proportionalität zum kompensatorischen Schadensersatz und zum Gewicht des Rechtsverstoßes wahren müssen. Die Grundfrage, ob und inwieweit Recht eher präventiv oder repressiv ausgestaltet sein soll, scheint etwa auch bei den TTIP-Verhandlungen auf, wenn über die Qualitätssicherung im Lebensmittelbereich kontrovers diskutiert wird (Stichwort: „Chlorhühnchen“).

IV. Rechtsverwirklichung und Rechtsbewährung

Im deutschen und europäischen Recht liegt die Verwirklichung subjektiver Rechte im Fokus. Während der Schutz öffentlicher Interessen in erster Linie dem öffentlichen Recht und dem Strafrecht mit den entsprechenden Instrumenten und Verfahrensordnungen anvertraut ist, liegt im Zivil- und Zivilverfahrensrecht der Schwerpunkt auf der Gewährung und Realisierung individueller Privatrechte. Diese Aufgabenteilung hat sich im deutschen Recht bewährt und sollte in Zukunft weiter gepflegt werden. Das heißt nicht, dass es keinerlei Spielraum für eine zukunftsfähige Fortentwicklung gibt. Mögliche Reformen sollten sich jedoch eher im Rahmen der gewachsenen sys-

tematischen Rollenverteilung bewegen, als im großen Stil Neuland zu betreten. Ein volles Umsteuern auf das US-amerikanische Modell des *private law enforcement* erscheint letztlich nicht ratsam. Stattdessen könnte es sich empfehlen, die Verbandsklage behutsam systemkonform zu stärken.

Eine *pretrial discovery* nach US-amerikanischem Vorbild ohne normbasierte Relevanzbindung erscheint für die künftige europäische und deutsche Rechtsentwicklung nicht empfehlenswert. Das bedeutet allerdings nicht, dass die Mitwirkungspflichten der nicht beweisbelasteten Partei im deutschen Recht in jeder Hinsicht genügend konturiert sind. Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen verdient dabei insbesondere auch in Streitigkeiten im Bereich des geistigen Eigentums besondere Aufmerksamkeit. Dass *discovery* mit dem deutschen Anspruchsdenken generell unvereinbar sei, wird man in dieser Allgemeinheit – vielleicht teilweise entgegen der Einschätzung von Herrn Kollegen Herbert Roth – eher nicht behaupten können, wenn man eine konkrete Relevanzbindung hinzudenkt. Materielle Beweislastverteilung und prozessuale Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Prozesspartei sind sorgsam zu scheiden. Die Rechtsprechung des BGH zur sekundären Behauptungs- und Darlegungslast bewegt sich dogmatisch auf schwankendem Boden und ist so recht eigentlich nicht der Weisheit letzter Schluss.

V. Rechtspflege und Streiterledigung

Die Rechtspflege durch staatliche Gerichte hat im demokratischen Rechtsstaat kontinentaleuropäischer Prägung eine Schlüsselrolle. Dabei geht es nicht nur um die Verwirklichung der Rechte des Einzelnen, sondern auch um die Konkretisierung und Fortentwicklung des geltenden Rechts auf der Grundlage professioneller praktischer Erfahrungen. Eine stärkere Betonung einvernehmlicher und alternativer Streiterledigung geht – trotz teilweise leuchtender Augen bei den Akteuren, Herr Staatsminister Bausback – notwendigerweise mit einem Verlust real wirksamer normativer Gestaltungskraft einher. Die Rechtspolitik ist deshalb gut beraten, wenn sie Schwächungen der staatlichen Rechtspflege tunlichst vermeidet und Verwaltung und Justiz mit den erforderlichen Ressourcen angemessen ausstattet. Klar wurde aber auch, dass internationale und im Prinzip auch nationale

Handelsschiedsgerichtsbarkeit durchaus ihren legitimen Platz im Rechtssystem beanspruchen können. Vorsicht geboten ist – wie das US-amerikanische Beispiel eindrucksvoll verdeutlicht – allerdings vor stärkerer Ausdehnung der Schiedsgerichtsbarkeit in den nicht kommerziellen und den Verbraucherbereich.

Auch die Möglichkeit alternativer Streiterledigungsmechanismen verliert bei Verfügbarkeit leistungsfähiger justizförmiger Rechtsdurchsetzungsverfahren sichtlich an Attraktivität. Eine Verlagerung von Streitigkeiten aus der Justiz in den privaten Raum im großen Stil erscheint – auch in Europa – weder geboten noch generell empfehlenswert. Insofern ist vielleicht auch dem Bundesverfassungsgericht zu widersprechen, wenn es die gütliche Einigung der streitigen Entscheidung grundsätzlich für vorzugswürdig erklärt.

Eine breitere Flucht aus der staatlichen Gerichtsbarkeit in die Schiedsgerichtsbarkeit lässt sich empirisch nicht ohne weiteres erhärten. Die Eingangszahlen erster Instanz sind in den letzten Jahren zwar rückläufig, deuten aber nicht zwingend auf einen Bedeutungsverlust hin. Die Suche nach den Gründen muss auch wirtschaftliche, soziologische und andere Faktoren berücksichtigen, was detaillierte Rechtstatsachenforschung nahelegt. Qualitätsmängel der staatlichen Gerichtsbarkeit sind als generelle Ursache eher theoretisch denkbar als empirisch nachweisbar.

Einverständliche Streitbeilegung ermöglicht zwar die Schaffung von Leistungs- und Unterlassungstiteln, stößt aber bei Feststellungs- und insbesondere bei Gestaltungstiteln an ihre Grenzen, sodass mit dem Umsteuern in die einvernehmliche Streiterledigung ein Verlust prozessualer Gestaltungsmöglichkeiten verbunden ist.

Die fachliche und persönliche Einigung von Entscheidern hat Schlüsselbedeutung nicht nur für die Schiedsgerichtsbarkeit, sondern auch für die staatliche Gerichtsbarkeit. Welches Verfahren daher objektiv die größeren Vorteile für sich verbuchen kann, ist ein weites Feld. Das Prinzip des gesetzlichen Richters schließt die direkte Abhängigkeit des Verfahrensausgangs von der Parteiauswahl von Entscheidern nicht ohne Grund aus und hat ihren guten Sinn. Die engere Beziehung zwischen Schiedsrichterwahl und Verfahrensausgang verdeutlicht einmal mehr, dass Rechtsverwirklichung im Schiedsverfahren mit der durch staatliche Gerichte nicht voll gleichzusetzen ist.

VI. Ökonomie und Recht

Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung sind in gewisser Hinsicht aufeinander angewiesen. In der deutschen und kontinentaleuropäischen Tradition ist die Rechtsordnung nicht auf die Gewährleistung von Marktfunktion fokussiert. Vielmehr geht es um ausgleichende Gestaltung und formende Integration von Individualinteressen. Das gereicht der Wirtschaft keineswegs immer zum Nachteil und trägt sichtbar den Belangen gesellschaftlich Schwächerer Rechnung. Eine generell stärkere Betonung ökonomischer Aspekte unter Hintanstellung der gesellschaftlichen Gestaltungs- und Integrationskraft der Rechtsordnung erscheint für Deutschland und Europa nicht empfehlenswert. Das gilt insbesondere auch im Hinblick auf die Verhandlungen über das transatlantische TTIP-Abkommen, dessen Brisanz sich letztlich weniger aus der Eröffnung der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ergibt, die bereits in über 100 völkerrechtlichen Verträgen für Deutschland verbindlich gilt. Vielmehr geht es dabei vor allem um die materielle Ausgestaltung des Verhältnisses von Marktmacht und gestaltender Überformung im Dienste des Allgemeinwohls.

VII. Zielgerichtete Detailkorrekturen statt Pauschallösungen

Treffsicher analysiert hat Peter Murray die Unzulänglichkeit von Pauschallösungen. Im kontinentaleuropäischen und deutschen Recht geht es vielmehr eher um zielgerichtete Detailkorrekturen. Eine nicht nur von Bertram Brossardt erhobene Forderung zur Steigerung der Attraktivität des Justizstandortes Deutschland ist die Einführung von Englisch als fakultative Gerichtssprache. Ob eine solche Lösung tatsächlich dazu beiträgt, dass deutsches Recht und deutsche internationale Zuständigkeit so an Überzeugungskraft gewinnen, dass US-amerikanische Vertragspartner bereitwillig zugreifen, lässt sich füglich bezweifeln. Allerdings ist sicher, dass diese Möglichkeit zahlreiche neue Schwierigkeiten und Folgeprobleme aufwirft. Die Realität des Rechtsgesprächs in fremder Sprache über komplizierte deutsche Rechtsprobleme ist dabei unter Umständen auf heilsame Art und

Weise ernüchternd – verfassungsrechtliche Zweifelsfragen einmal ganz beiseite.

Ein interessanter Gedanke ist die von Peter Murray angeregte Inhaltskontrolle von Prozessvergleichen, wie sie – außerhalb eines Zivilverfahrens – im Grunde genommen bereits im niederländischen Modell des *class action*-Vergleichs ohne Prozess angelegt ist. Eine solche Inhaltskontrolle könnte zwar auf das materiell-rechtliche Vorbild des AGB-Rechts verweisen, verkompliziert allerdings die gütliche Streitbeilegung ganz erheblich.

Das Anwaltsvergütungsrecht muss die Auskömmlichkeit anwaltlicher Tätigkeit – in gewissen Grenzen – zumindest im Prinzip ermöglichen, wobei man sich immer darüber im Klaren sein sollte, dass der deutsche Rechtsanwalt als unabhängiges Organ der Rechtspflege nicht die Stellung eines reinen Dienstleisters hat, der Vergütungsvereinbarungen ohne gesetzliche Einschränkungen völlig frei vereinbaren kann.

Schiedsgerichtsbarkeit hat aus Unternehmenssicht den Vorteil der Nichtöffentlichkeit. Der Vorschlag, im staatlichen Gerichtsverfahren den Öffentlichkeitsgrundsatz in bestimmten Fällen zugunsten der Vertraulichkeit aufzulockern, verdient sorgsame Erwägung. Dabei ist die grundsätzliche verfassungsrechtliche Verankerung der Öffentlichkeit als besondere Ausprägung von Demokratieprinzip und Rechtsstaatsprinzip ebenso zu berücksichtigen, wie die entsprechende Grundgewährleistung in Art. 6 I EMRK, die zur Vorsicht nachdrücklich mahnen. Würde die Nichtöffentlichkeit in wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten zur Regel, droht in den Augen breiter Bevölkerungsschichten ein nicht zu unterschätzender Verlust an Legitimität staatlicher Rechtspflege. Durchaus bedenkenswert ist der Vorschlag, *de lege ferenda* einen Katalog von Streitsachen zu schaffen, mit denen obligatorisch besonders einzurichtende spezialisierte Spruchkörper zu befassen sind. Zweifelsohne ist eine entsprechende Geschäftsverteilung auch nach geltendem Recht schon möglich. Mit einer behutsamen Reform könnten allerdings bundeseinheitliche Standards geschaffen werden. Flexibilisierungen der Geschäftsverteilung – so wünschenswert sie sein mögen – müssen letztlich immer der verfassungsrechtlichen Garantie des gesetzlichen Richters entsprechen.

Begrüßenswert ist ohne Zweifel auch die Bemühung der Justiz um Qualitätssicherung und die Erarbeitung von Lösungsvorschlägen *de lege ferenda*. Richterinnen und Richter sind in besonderer Weise prädestiniert, Mängel und Schwächen des geltenden Rechts zu identi-

fizieren und Verbesserungen anzustoßen. Allerdings sollte die Rechtspolitik den Dialog mit der Wissenschaft – nicht nur aus Anlass der Bitburger Gespräche in München oder andernorts – intensiviert pflegen, gewissermaßen im Sinne einer Qualitätssicherung bei der Qualitätssicherung. Das gilt nicht nur für die Fortentwicklung des nationalen Rechts, sondern auch bei einer möglichen künftigen Schaffung einer internationalen Gerichtsbarkeit, zu der es sicher ein langer Weg ist, sei es in Investitionsschutzsachen oder anderswo.

Die heutige Podiumsdiskussion hat eindrucksvoll gezeigt, dass der Themenkreis „Rechtsordnungen im transatlantischen Wettbewerb“ mit den Referaten und Gesprächen der 6. Bitburger Gespräche in München keineswegs ausgeschritten ist. Damit auch in Zukunft mit Blick auf die USA und Europa über Rechtsordnungen im transatlantischen Wettbewerb gesprochen werden kann, ist es unerlässlich, dass Europa weiter an der Entwicklung einer gemeinsamen Identität arbeitet und die Fährnisse internationaler Krisen und menschenverachtender Terrorisierung besteht. Rechtspolitik hat dabei die Aufgabe, staatliche Rechts- und Justizsysteme zu stärken und zu pflegen. Der Beitrag von Vassilios Skouris führt uns vor Augen, dass auch die Gleichwertigkeit der Rechts- und Justizsysteme in Europa – insbesondere auch angesichts der jüngsten Entwicklungen – in der Substanz vielleicht weniger selbstverständlich ist, als man zu glauben geneigt sein könnte. Hinzuweisen ist insbesondere auch auf Grundfragen von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit. Ergebnis der Tagung ist zweifelsohne ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung, nicht viel mehr, aber auch nicht weniger.

Dank gebührt allen Referenten und Diskutanten für ihre sachkundigen Beiträge und der Gesellschaft für Rechtspolitik sowie der Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft für die professionelle organisatorische Rahmung.